



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Carrera 10 No. 14-33 Piso 6°

cmpl09bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICADO: 110014003009-2022-00349-00

Bogotá D.C., nueve (09) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Procede el Despacho a resolver de fondo la acción de tutela promovida por la ciudadana **LUZ ANGELA GÓMEZ** en calidad de agente oficiosa de **JAIME ALFONSO FONTECHA GÓMEZ**, en contra de **NUEVA EPS.**, por la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud.

I ANTECEDENTES

Como situación fáctica relevante, en síntesis, la agente oficiosa manifiesta lo siguiente: a) Que su hijo nació el 15 de mayo del año 2000. A los 18 meses de edad después de unos exámenes le diagnosticaron epilepsia y retardo mental moderado. En la medida en que iba creciendo, su discapacidad era mas notoria. En el año 2003 le detectaron desprendimiento de retina y le formularon gafas permanentes. Presentó convulsiones hasta los cinco años de edad. A la edad de cinco años entró al jardín duró entre 6 o 7 años, allí presentó comportamientos extraños, luego ingresó a un colegio especial donde duró un año, pasando luego a un colegio en la candelaria donde estuvo hasta los 18 años. Cuando salió no pudo seguir estudiando debido a su agresividad por lo que tocó que estudiara virtualmente.

II EL PETITUM DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La agente oficiosa pretende que se declare la vulneración de los derechos fundamentales de su hijo y como consecuencia se ordene al régimen subsidiado la realización inmediata de los trámites administrativos necesarios para garantizar el tratamiento taxativo integral y se otorgue autorización para que sea atendido dentro de la clínica NEUROREHABILITAR y sea tenido como paciente activo del programa completo de intervención médica de trastorno del espectro de autismo, en caso de negar esta solicitud, pide subsidiariamente la atención en un centro especializado de las mismas características que tengan un programa de rehabilitación integral especializado en paciente autista.

III ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción fue admitida el día 28 de abril de 2022, ordenándose correr traslado del escrito y sus anexos a la parte accionada y a las vinculadas, a fin de que respondieran a cada uno de los puntos de la acción de tutela incoada, término este durante el cual aportaron sus respectivas respuestas. Posterior a ello atendiendo la contestación de SANITAS EPS, se procedió a vincular a la NUEVA EPS, por ser la prestadora del servicio de salud del accionante.

IV RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADAS

EPS SANITAS

Señala que, en revisión de la base de datos de la EPS Sanitas S.A.S., no se evidencia que el señor JAIME ALFONSO FONTECHA GÓMEZ, identificado con CC. 1001053157, se encuentre adscrito a la EPS, informa que este se encuentra afiliado a la NUEVA EPS S.A, con fecha de afiliación registrada en la plataforma desde el 04 de marzo de 2014, régimen subsidiado. Con registro de estado activo.

Que no tiene nada que ver en lo referente a las pretensiones de la accionante: TRATAMIENTO TAXATIVO INTEGRAL, ATENCIÓN EN IPS ESPECIFICA NEUROREHABILITAR, pues no está dentro de sus funciones y competencias legales, realizar determinaciones respecto a esos temas y más siendo que la acción está dirigida a NUEVA EPS S.A.

Solicita se desvincule a la EPS SANITAS S.A.S. de la presente acción constitucional, por cuanto las actuaciones adelantadas por esta Entidad se han ajustado a la normativa legal vigente, sin generar afectación alguna a los derechos fundamentales del señor JAIME ALFONSO FONTECHA GÓMEZ

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Manifiesta que al revisar en la BDU de la ADRES, pudo establecer que el accionante JAIME ALFONSO FONTECHA GOMEZ, está inscrito en calidad de beneficiario de la NUEVA EPS. Que no ha infringido al accionante los derechos fundamentales aquí deprecados.

Solicita que se desvincule a la Superintendencia Nacional de Salud de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a esa entidad, que se declare la inexistencia de nexo de causalidad y la falta de legitimación en la causa por pasiva.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

Aduce que de acuerdo con la normativa que expone en su contestación, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud. Que no tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

Solicita negar el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la entidad; negar cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS y o modular la decisión que se profiera en caso de acceder al amparo solicitado.

CLINICA NEUROREHABILITAR

Hace una presentación de la entidad, enseña los logros que se pueden alcanzar con los servicios solicitados, no obstante, no hace referencias a los hechos ni a las pretensiones de la acción deprecada.

NUEVA E.P.S S.A.

Indica la EPS que una vez conocida la presente acción de tutela, la trasladó al área técnica correspondiente con el fin de que se realizara el correspondiente estudio del caso. Sin embargo, enfatiza en que no se evidencian órdenes medicas pendientes o con orden de remisión.

En virtud de lo anterior señala, que no ha vulnerado los derechos constitucionales de carácter fundamental del accionante, ni ha incurrido en una acción u omisión que ponga en peligro, amenace o menoscabe sus derechos, prueba lo anterior, con la ausencia en el expediente de cartas de negación de servicios de salud.

Solicita denegar la acción de tutela toda vez que no se ha demostrado acción u omisión por parte de Nueva EPS.

V CONSIDERACIONES

1. Competencia

Artículo 1°. Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015. Modifíquese el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el cual quedará así:

"Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con dicho mandato superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

La señora **LUZ ANGELA GÓMEZ**, presenta la acción de tutela, en calidad de agente oficiosa de su hijo, **JAIME ALFONSO FONTECHA GÓMEZ**, el cual, debido a la enfermedad que padece, se encuentra incapacitado para actuar por su propia cuenta.

Así las cosas, el juzgado advierte que el agenciado se encuentra en una situación que le imposibilita procurarse por sí mismo la defensa de sus derechos e intereses, situación que legitima a su agente oficioso para promover el amparo deprecado.

2.2. Legitimación pasiva

La NUEVA EPS, en su condición de institución de naturaleza privada, encargada de la prestación del servicio de salud a sus usuarios afiliados, se encuentran legitimadas como parte pasiva en el presente proceso de tutela, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

3. Problema jurídico

El problema jurídico que le corresponde resolver a este estrado judicial se limita a la necesidad de determinar si, en efecto, las entidades accionadas transgredieron los derechos fundamentales a la vida y a la salud del ciudadano JAIME ALFONSO FONTECHA GÓMEZ, quien padece de *“EPILEPSIA Y RETARDO MENTAL MODERADO”*, por el hecho de no autorizársele los servicios médicos denominados, TRATAMIENTO TAXATIVO INTEGRAL y AUTORIZACIÓN PARA ATENCIÓN EN IPS ESPECIFICA NEURO REHABILITAR

4. Orden del médico tratante

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, el despacho considera pertinente señalar, que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial mediante el cual *“Toda persona puede reclamar ante los jueces... la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*.

A su vez el artículo 5 del decreto 2591 de 1991 establece que *“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales”*. Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

De las normas citadas, se desprende que la procedencia de la acción de tutela está sujeta a que se evidencie la vulneración o amenaza a un derecho fundamental. Así las cosas, quien acuda a la acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión inicial, acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

Concretamente, en materia de salud, la Corte Constitucional ha señalado que *“se quebranta este derecho fundamental cuando la entidad encargada de garantizar su prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, procedimiento, tratamiento, insumo y, en general, cualquier servicio de salud que requiera con necesidad para el manejo de una determinada*

patología, según lo ordenado por el médico tratante”¹.

Siguiendo esa línea de pensamiento, en la misma sentencia señaló de manera enfática, *“que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente”*.²

Dentro de este contexto, no es dable al juez de tutela ordenar prestaciones o servicios de salud, sin que medie orden de médico tratante, pues no puede so pretexto de garantizar derechos fundamentales, sustituir el criterio del profesional de la medicina, quien es el que está llamado a determina la necesidad del servicio médico que requiere el paciente.

La corte constitucional sobre este punto ha dicho que, *“En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe, pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, tal como aconteció en esta oportunidad –lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos– o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos”*.³

En ese mismo sentido, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional se ha referido a la improcedencia de la acción de tutela cuando se pretenden servicios o tratamientos médicos sin que exista orden médica que los respalde. Es así que en sentencia T-050 de 2009 dijo:

“(…) la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, está únicamente en cabeza de los médicos, y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad).”

VI CASO CONCRETO

De conformidad con los hechos que dieron origen a la presente acción y las pruebas allegadas al expediente, se tiene que la señora LUZ ANGELA GÓMEZ, acudió a la acción de tutela en procura de obtener la protección del derecho fundamental a la salud de su hijo JAIME ALFONSO FONTECHA GÓMEZ, quien padece de *“EPILEPSIA Y RETARDO MENTAL MODERADO”*

¹ Sentencia T-346 de 2010 M.P Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² Sentencia T-346 de 2010 M.P Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

³ Sentencia T-1325 de 2001 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

Efectuado el estudio del caso, el despacho advierte *prima facie*, que no se probó la amenaza o vulneración cierta de los derechos fundamentales invocados por la accionante, como quiera que esta no aportó al plenario la orden del médico tratante, ni ningún otro documento clínico que soportara sus peticiones, además, de la respuesta que dio la NUEVA EPS, entidad encargada de la prestación de los servicios de salud del accionante, se tiene que en la actualidad no existen ordenes médicas pendientes de autorización de servicios o tratamientos en favor del accionante.

En efecto, se observa que al expediente de tutela no se allegó ninguna prescripción u orden proveniente del médico tratante que determinara la necesidad de suministrarle al agenciado los servicios de salud que pretende.

Teniendo en cuenta lo manifestado por la NUEVA EPS, el despacho encuentra que los servicios solicitados por la actora, hasta el momento, no han sido ordenados por el médico tratante. Así las cosas, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es preciso recordar que no puede el juez constitucional ordenar servicios o tratamientos médicos sin que exista concepto del médico tratante que así lo disponga, pues como lo ha dejado dicho el máximo Tribunal Constitucional, dados los conocimientos científicos del galeno tratante, es él, la persona idónea para determinar las necesidades del paciente.

En consecuencia, ante la improcedencia de la acción de tutela en este asunto, habrá de negarse el amparo deprecado por la accionante

En mérito de lo expuesto, El Juzgado Noveno Civil Municipal de esta ciudad, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela deprecada, por **INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD**, que fuese interpuesta por la ciudadana **LUZ ANGELA GÓMEZ**, en calidad de agente oficiosa de su hijo, **JAIME ALFONSO FONTECHA GÓMEZ**, en contra de la **NUEVA EPS**.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE el presente fallo a las partes, en los términos de que trata el artículo 30 del decreto 2591 de 1991, por el medio más expedito.

TERCERO: Si no fuere impugnado éste proveído, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, en su oportunidad **REMÍTASE** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, a efectos de su eventual revisión. (Art. 33 del Decreto 306 de 1992).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUZ DARY HERNÁNDEZ GUAYAMBUCO
JUEZ